
Section 4. La justiciabilité des droits sociaux aux États-Unis

Manon Altwegg-Boussac, Marina Eudes et Céline Fercot



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/129>

DOI : 10.4000/revdh.129

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2012

Pagination : 176-193

Référence électronique

Manon Altwegg-Boussac, Marina Eudes et Céline Fercot, « Section 4. La justiciabilité des droits sociaux aux États-Unis », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 1 | 2012, mis en ligne le 30 juin 2012, consulté le 09 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/129> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.129>

Tous droits réservés

SECTION 4

LA JUSTICIABILITE DES DROITS SOCIAUX AUX ÉTATS-UNIS

MANON ALTWEGG-BOUSSAC, MARINA EUDES,
CELINE FERCOT

L'étude du droit américain sous l'angle des droits sociaux n'est pas chose aisée. La doctrine, prolixe, est souvent caractérisée par son parti-pris. Quant au corpus juridique, il est directement issu de la construction historique des États-Unis.

L'apparition des premiers droits sociaux remonte à la fin du XVIII^{ème}, et surtout du XIX^{ème} siècle²¹⁶. D'un point de vue historique, les Constitutions fédérées se sont concentrées sur le « bien public » et sur la promotion de valeurs communes. Relayant la *Common law*, certaines ont garanti des droits que la Constitution fédérale ignorait²¹⁷, que ce soit sous la forme de dispositions « permissives » (« *permissive provisions* »), encourageant le gouvernement à intervenir dans tel ou tel domaine, ou de dispositions « déclaratoires » (« *declaratory provisions* »), mandatant une action de la part de l'État. Aussi, contrairement à la Constitution fédérale, qui garantit avant tout des droits négatifs, destinés à protéger l'individu contre l'exercice du pouvoir étatique, les Constitutions fédérées ont très tôt intégré des dispositions positives, ou des « buts normatifs » (« *normative goals* ») qui exigent plutôt qu'elles n'interdisent une action de la part de l'État. Certaines d'entre elles exigent par exemple l'institution d'un système éducatif public ou de services sociaux pour les personnes défavorisées²¹⁸. Mais on en trouve peu de trace dans les écrits des

Les auteures adressent leurs vifs remerciements à Manuel TIRARD, Maître de Conférences à l'Université Paris Ouest– Nanterre La Défense, pour sa participation active aux recherches nécessaires à cet article. Si la rédaction leur est imputable, sa conception et son orientation générale lui doivent beaucoup. Les traductions sont des auteures.

²¹⁶ La Constitution du Massachusetts de 1780 contient déjà une disposition relativement précise concernant le financement de l'éducation publique (article 3). De même, le Bill of Rights de la Virginie, adopté en 1776, garantissait déjà le droit de chercher et d'obtenir une certaine sûreté, ainsi que le bonheur – lequel correspond à un exercice illimité des droits naturels.

²¹⁷ A propos des rapports entre la Constitution fédérale américaine et les Constitutions fédérées, v. A. E. Dick HOWARD, « Protecting Human Rights in a Federal System », in : Mark TUSHNET (éd.), *Comparative Constitutional Federalism. Europe and America*, New York, Greenwood Press, 1990, pp. 115-137.

²¹⁸ On observe ici la même évolution graduelle : à la fin du XIX^{ème} siècle, puis au début du XX^{ème}, de nombreuses Constitutions fédérées ont garanti le droit individuel à des horaires de travail raisonnables, à un salaire minimum, à des conditions de travail sûres ou à une compensation en cas d'accident du travail. En attestent notamment les Constitutions de cette époque dans les États

juristes de l'époque. Le seul manuel de la fin du XIX^{ème} siècle qui mentionne les Constitutions fédérées, rédigé sous la plume de Thomas Cooley, ne distingue pas les droits « positifs », en lien notamment avec la pauvreté, des autres garanties²¹⁹.

En réalité, les débats relatifs à la portée des droits sociaux n'ont reçu une attention particulière qu'au cours de la période du *New Deal*, à l'occasion de la proposition par le Président F.D. Roosevelt, en 1944, d'un « *second Bill of Rights* », caractéristique de l'Ère progressiste (*Progressive Era*)²²⁰. Après l'échec d'un certain nombre d'Amendements visant à protéger les droits des travailleurs, Roosevelt souligna la nécessité de prévoir un nouveau fondement de sécurité et de prospérité qui pourrait être établi pour tous. Cela incluait par exemple le droit de toutes les familles « à un domicile décent », « à des soins adéquats », ou encore « à un emploi utile et rémunéré ». Parallèlement, au cours de cette période, de nombreuses Constitutions fédérées ont été révisées pour que cette politique novatrice puisse s'appliquer au sein des États. Ainsi, la Constitution de l'État de New York, révisée en 1938, impose au gouvernement de l'État de « fournir une aide et un soutien aux nécessiteux »²²¹.

C'est finalement la jurisprudence de la Cour suprême des années 1960 et 1970 qui a suscité un regain d'intérêt doctrinal pour les droits sociaux. La présidence Warren constitue ainsi, aux yeux de la plupart des auteurs, une avancée importante dans la reconnaissance des droits sociaux. Toutefois, ces progrès ont été limités dans leur étendue. Les avancées datées de cette époque ont en effet été éparses et se sont surtout concentrées autour des garanties encadrant la procédure pénale²²². Par ailleurs, ils ont été largement tempérés quelques années plus tard : les présidences Burger et Rehnquist se sont en effet caractérisées par une jurisprudence plus conservatrice et par une érosion progressive de la protection des droits fondamentaux.

A la suite de ce recul au niveau fédéral, les discussions se sont tournées vers le niveau fédéré, dans le cadre du Nouveau fédéralisme judiciaire (*New judicial federalism*). Dès le début des années 1970, de nombreuses Cours

de l'Arizona, du Massachusetts, ou de la Virginie. Par la suite, certains États ont adopté des dispositions visant à protéger le droit de s'organiser et de négocier collectivement, puis un « droit au travail ». Dès 1866, les délégués à la Convention constitutionnelle de l'Alabama, vainqueurs de la guerre de Sécession, décidaient ainsi d'inscrire dans la nouvelle Constitution l'obligation pour la législature de « prendre les mesures adéquates [...] pour lutter contre la pauvreté » (art. IV § 34 C. Alabama 1868). Cette disposition est d'ailleurs toujours d'actualité (art. IV § 88 C. de 1901).

²¹⁹ V. Thomas M. COOLEY, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, 4^{ème} éd., 1878.

²²⁰ Cass R. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights : Franklin Delano Roosevelt's Unfinished Revolution and Why We Need It More than Ever*, Basic Books, 2004.

²²¹ Art. XVII § 1 C. de 1894. L'art. XVII § 1 C. new yorkaise de 1938 a été adopté afin de répondre à la crise économique et sociale générée par la Grande Dépression : à cette époque, l'aide sociale cessa d'être gérée au niveau local – par les municipalités, notamment – pour l'être par l'État lui-même. L'actuel art. XVII découle ainsi de l'art. XVII C. adoptée en 1938, et depuis souvent qualifié de « Social Welfare Article ».

²²² V. notamment *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), à propos du droit à un avocat dans le procès pénal et de l'obligation pour l'État de le payer si l'accusé ne le peut lui-même.

suprêmes fédérées ont choisi d'interpréter leur propre Constitution dans un sens beaucoup plus « libéral » – au sens de protecteur vis-à-vis de l'individu – par rapport à la jurisprudence jusqu'alors rendue par la Cour suprême à propos des droits fondamentaux de rang fédéral²²³. Or, ce mouvement, qui est précisément apparu à la fin de la révolution jurisprudentielle menée depuis 1953 sous l'égide du juge Earl Warren, constitue avant tout le fruit d'une réflexion doctrinale, qui a mis en avant le caractère *complémentaire* des Constitutions fédérales et fédérées.

Dans le cadre des débats doctrinaux actuels, l'absence de consécration des droits sociaux dans la Constitution américaine suscite des réactions variées, approuvant ou réprouvant ce que certains auteurs ont qualifié d'« exception américaine »²²⁴. Majoritairement, le positionnement restrictif du texte constitutionnel fédéral à l'égard des droits sociaux conduit une grande partie de la doctrine à considérer que ceux-ci sont dépourvus de tout caractère justiciable (I). Si là réside indéniablement l'une des spécificités du droit américain, la justiciabilité des droits sociaux est cependant parfois défendue, tant par la doctrine que par le juge (II).

I. La justiciabilité des droits sociaux : une cause apparemment perdue

Les discours doctrinaux relatifs aux droits sociaux sont confrontés à d'importantes difficultés, d'ordre à la fois terminologique et conceptuel (A). Ils se heurtent en outre à une série d'objections traditionnellement évoquées par les auteurs hostiles à leur justiciabilité (B).

A. Les droits sociaux caractérisés par un flou terminologique et conceptuel

L'examen de la doctrine américaine débouche sur un constat de flou terminologique et conceptuel, tant au niveau de la définition (1) que de la catégorisation (2) des droits sociaux.

1) Un manque de clarté dans la définition doctrinale des droits sociaux

Le seul élément consensuel, quoique peu éclairant, est la référence à la notion de « droits constitutionnels ». La doctrine américaine attribue généralement le qualificatif de « droits constitutionnels » (*constitutional rights*)

²²³ Ainsi, en Arizona, en vertu de la clause des privilèges et immunités incluse dans la constitution de l'État, ce dernier ne peut pas refuser de payer pour des avortements thérapeutiques (« medically necessary ») dans le cas de femmes indigentes, alors qu'il finance d'autres avortements (*Simat Corp. v. Ariz. Health Care Cost Containment Sys.*, 56 P.3d 28 (Arizona, 2002)).

²²⁴ A. E. Dick HOWARD, « Les droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain », *Revue française de science politique*, 1990, vol. 40, n° 2, pp. 173-191.

aux droits qui sont opposables (*enforceable*) aux autorités publiques. Au-delà de cette condition prédomine aux États-Unis une vision formaliste, procédurale, des droits. Reflets de la tradition libérale, ils sont exclusivement des droits négatifs²²⁵, et sont supposés être d'une égale valeur, dans la mesure où ils font tous l'objet d'une garantie. En effet, aux États-Unis, pays de *common law*, le caractère historique du droit anglais conduit à envisager les droits en termes de statuts, de relations, c'est-à-dire avant tout comme des « intérêts de propriété » (*property interest*) et/ou de liberté (*liberty interest*)²²⁶.

La notion même de « droits » semble d'ailleurs être davantage utilisée par commodité que dans l'objectif de reconnaître un véritable droit subjectif attribué à un titulaire individuel, d'ailleurs très rarement cité. A cet égard, les autorités officielles américaines semblent avoir pour directive de ne pas parler de « droits », mais simplement de prérogatives ou d'avantages, dès lors que sont évoqués les thèmes que nous désignons sous le vocabulaire de droits sociaux²²⁷.

Cette ambiguïté relative à la définition doctrinale des droits sociaux se traduit aussi bien dans la terminologie employée que dans l'absence de définition conceptuelle des droits sociaux. De manière récurrente, les auteurs parlent indifféremment de « *social constitutional rights* », de « *economic and social rights* »²²⁸, de « *welfare rights* »²²⁹, de « *positive rights* »²³⁰, de « *social rights* », de « *social citizenship rights* » - qui comprennent ou non les « *welfare rights* »²³¹ - ou encore de « *second generation social rights* »²³². Par ailleurs, quelle que soit la dénomination retenue, celle-ci ne s'accompagne presque jamais d'une définition précise, mais plutôt de l'énoncé d'un ou plusieurs exemples du type de droit en cause.

²²⁵ Cette distinction a notamment été critiquée par Susan BANDES (« The Negative Constitution : A Critique », Mich. L. Rev., 1990, vol. 88, p. 2271).

²²⁶ Aussi, cette définition générale conduit à une première précaution, destinée à éviter toute confusion entre les notions de droits « constitutionnels » (*constitutional rights*) et de droits « fondamentaux » (*fundamental rights*), ces derniers étant soumis à un contrôle plus strict de la part du juge. La notion de « *fundamental rights* » est en effet beaucoup plus restrictive et renvoie à certaines « libertés privilégiées » (*preferred-freedoms doctrine*), qui-ci représentent, en tant que « matrices », « la condition indispensable de presque toute autre forme de liberté » (*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), trad. Elisabeth ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, Paris, PUF, 2000, n° 28, p. 479 et s., spéc. pp. 484-485).

²²⁷ Philip C. AKA, « Analyzing U. S. Commitment to Socioeconomic Human Rights », Akron L. Rev., 2006, vol. 39, n° 2, pp. 417-463.

²²⁸ V. A. E. Dick HOWARD, « Les droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain », art. précit. ; Cass R. SUNSTEIN, « Why does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees ? », art. précit.

²²⁹ Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », Tex. L. Rev., vol. 82, 2003-2004, pp. 1895-1920.

²³⁰ William FORBATH, « Not Simple Justice : Franck Michelman on Social Rights », Tulsa L. Rev., 2004, pp. 597 s. ; Frank MICHELMAN, « The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification », Int'l J. Const. L., 2003, pp. 13-34.

²³¹ William FORBATH, « Not Simple Justice : Franck Michelman on Social Rights », art. précit. ; Frank MICHELMAN, art. précit.

²³² V. Cass R. SUNSTEIN, « Why does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees ? », art. précit. V. également annexe n° 1, en ligne [http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/droit_americain/annexes.pdf].

Lorsque la doctrine s'attache à préciser la terminologie employée à propos des droits sociaux, elle se contente généralement de les définir par le biais de listes non exhaustives de droits²³³. A titre d'exemple, Mark Tushnet opère une distinction entre les « *welfare rights* » et les « *economic and social rights* ». Selon lui, les premiers ont pour bénéficiaires les catégories *les plus démunies* d'individus, tandis que les seconds s'adressent à *tous* les individus. Ce critère, plutôt vague, s'accompagne aussitôt d'un exposé des droits. Ainsi les « *welfare rights* » comprennent, notamment, le droit au logement, le droit à des moyens minimum de subsistance ou à des biens sociaux ; tandis que les « *economic and social rights* » renvoient au droit au travail et à la liberté d'association²³⁴. La même indétermination ressort des écrits de Franck Michelman, pourtant pionnier dans ce domaine. Selon lui, les « droits sociaux de citoyenneté » (« *social citizenship rights* ») comprennent à la fois des « préoccupations centrales »²³⁵, telles que le droit du salarié et le droit syndical, mais également les « *welfare rights* », lesquels sont considérés comme assurant des garanties financières minimum. Ces droits sont ensuite listés et incluent par exemple le droit d'accès à une éducation et à une formation de qualité ou encore le droit aux soins²³⁶. Quelques auteurs tentent toutefois de dépasser cette indétermination caractéristique de la définition des droits sociaux.

2) Un effort de catégorisation doctrinale des droits sociaux

Les quelques tentatives de catégorisation des droits sociaux se résument souvent à l'énoncé d'une idée centrale, en vertu de laquelle ces derniers visent avant tout à *satisfaire certains besoins individuels de base*. Ainsi, la doctrine a généralement recours à des grilles de lecture ou d'analyse des droits *par catégories*²³⁷.

Une première catégorisation des droits présente un caractère chronologique. Par exemple, selon Mark Tushnet, les droits de la première génération correspondent aux droits civils (*civil liberties*) incluses dans le *Bill of rights* fédéral. Quant aux droits « de la seconde génération », il s'agit des droits non constitutionnalisés dénommés *welfare rights*²³⁸. Une seconde catégorisation,

²³³ V. annexe n° 2, en ligne, v. *Ibid.*

²³⁴ Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », art. précit., spéc. pp. 1896-1903.

²³⁵ Frank MICHELMAN, « In Pursuit of Constitutional Welfare Rights : One View of Rawls' Theory of Justice », Univ. of Pennsylvania L. Rev., 1973, vol. 121, pp. 962-1019.

²³⁶ William FORBATH préfère isoler les « *welfare rights* » de la catégorie des social « *citizenship rights* », qui manquent selon lui de transparence et de garanties. Il convient ainsi de distinguer clairement ces deux catégories, dès lors que le degré d'exigence lié à leur protection juridique n'est pas équivalent. Ainsi, il considère que les « *welfare rights* » sont plus essentiels que les autres droits, inclus dans la catégorie des « *social citizenship rights* » de Franck MICHELMAN. Les « *welfare rights* » - c'est-à-dire le droit au logement, à une nourriture minimum, à des vêtements, à l'éducation, notamment - doivent dès lors être considérés comme une catégorie à part entière et distincte. V. William FORBATH, « Not Simple Justice : Franck Michelman on Social Rights », art. précit.

²³⁷ V. annexe n° 2, en ligne, v. *supra*.

²³⁸ Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », art. précit.

davantage développée, distingue les « droits négatifs » (« *negative rights* ») des « droits positifs » (« *positive rights* »)²³⁹, selon qu'ils impliquent une obligation d'abstention ou d'action de la part de l'État ; cette différenciation entraînant des conséquences en termes de dépenses publiques. Bien que dominante, celle-ci n'en est pas moins critiquée par la doctrine, et ce pour deux raisons essentielles.

D'une part, les droits « négatifs » sont eux aussi susceptibles d'exiger une action positive de la part de l'État²⁴⁰. Helen Hershkoff souligne ainsi que le principe de non-discrimination et la liberté d'expression, par exemple, appellent parfois une action positive de la part de l'État²⁴¹. Dans le même sens, Cass Sunstein remarque que l'effectivité de n'importe quel droit implique au moins la production d'une loi, et donc une intervention de l'État et que, par exemple, les garanties relatives au procès équitable nécessitent des moyens importants de la part de l'État afin d'assurer une bonne administration de la justice²⁴². Ces auteurs considèrent par ailleurs que *tous* les droits engendrent des coûts financiers. Dès lors, la distinction entre droits positifs et négatifs n'est pas tant qualitative que quantitative, si l'on part du principe que les coûts engendrés par la mise en œuvre des droits sociaux sont généralement plus élevés.

D'autre part, les droits dits « positifs » sont également susceptibles d'être mis en œuvre par des vecteurs négatifs. Franck Michelman souligne ainsi que les droits dits « positifs » peuvent également être garantis négativement, par le biais d'une limitation des restrictions susceptibles de leur être apportées. Il montre ainsi que si au niveau politique, la défense des droits sociaux appelle une action positive du gouvernement et un nouvel équilibre budgétaire, la question de leur justiciabilité n'implique pas nécessairement d'intervention positive. En d'autres termes, tout comme la protection du droit de propriété ou de l'égalité devant la loi, les droits sociaux peuvent faire l'objet d'une « protection négative »²⁴³.

In fine, dans un contexte doctrinal qui insiste essentiellement sur les contraintes budgétaires impliquées par la mise en œuvre des droits sociaux, le choix des catégories opposant les droits « positifs » et « négatifs » est en réalité davantage mis en exergue par les opposants à toute reconnaissance constitutionnelle des droits sociaux. Mais, outre ce flou conceptuel, la doctrine favorable à la reconnaissance des droits sociaux doit dépasser une série

²³⁹ V. Frank B. CROSS, « The Error of Positive Rights », *UCLA L. Rev.*, 2001, vol. 48, pp. 860 s. ; David P. CURRIE, « Positive and Negative Constitutional Rights », *U. Chi. L. Rev.*, 1986, vol. 53, pp. 864 s. ; Stephen HOLMES, Cass R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes*, New York, W.W. Norton & Co., 2000. Ce type de question a cependant fort peu mobilisé la doctrine.

²⁴⁰ Helen HERSHKOFF, « Positive Rights And The Evolution Of State Constitutions », *Rutgers L. J.*, 2002, vol. 33, pp. 799-834 ; Frank MICHELMAN, « The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification », *International J. Const. L.*, 2003, vol. 1, pp. 13-34.

²⁴¹ Helen Hershkoff, art. précit., pp. 3-4.

²⁴² Cass R. SUNSTEIN, art. précit.

²⁴³ Frank MICHELMAN, art. précit., p. 3.

d'objections doctrinales, manifestant une opposition à leur consécration constitutionnelle.

B. Les multiples objections doctrinales à la justiciabilité des droits sociaux

La doctrine américaine cherchant à défendre la justiciabilité des droits sociaux se voit contrainte de produire une justification concluante de ses positions face aux objections récurrentes soulevées par leurs opposants. Celles-ci sont d'ordre à la fois théorique (1) et pratique (2).

1) Des obstacles d'ordre théorique

Les débats doctrinaux relatifs à la justiciabilité des droits sociaux s'inscrivent dans le prolongement de deux objections majeures. Ils témoignent tout d'abord d'une réflexion politique, proprement américaine, relative à l'attachement traditionnel du pouvoir politique à une conception libérale de l'État. Issus d'une tradition libérale inspirée en grande partie par John Locke, les États-Unis ont toujours éprouvé des difficultés à penser la régulation sociale à travers un rôle prédominant de l'État, et en particulier du gouvernement fédéral²⁴⁴. De ce facteur découle directement l'appréhension majeure à l'égard des droits dits « positifs »²⁴⁵, l'État devant, aux yeux de nombreux auteurs, rester en retrait en matière de droits sociaux.

Mais ces débats révèlent également une certaine conception de la démocratie, fondée sur une méfiance traditionnelle à l'égard du pouvoir des juges. L'objection fondamentale à leur justiciabilité réside dans l'accroissement, supposé dangereux, du pouvoir des juges de la Cour suprême qu'une telle consécration impliquerait. Les juges seraient alors indûment habilités à enjoindre l'État d'appliquer une certaine politique budgétaire sans l'autorisation préalable du Congrès. Le principe de la séparation des pouvoirs serait dès lors remis en cause. Si ce raisonnement figure surtout dans le discours doctrinal²⁴⁶, on peut en trouver un écho dans plusieurs arrêts de la Cour suprême²⁴⁷. La défense de la justiciabilité des droits sociaux, en conduisant à un accroissement considérable du pouvoir des juges, constituerait par conséquent une atteinte au principe démocratique. La conception ici présumée est celle d'une démocratie majoritaire, au sein de laquelle le peuple s'exprime uniquement par la voie de ses représentants au Congrès. Partant, en favorisant l'action positive du juge, les droits sociaux représenteraient un risque non négligeable pour la démocratie.

Les postulats sur lesquels reposent ces objections théoriques sont néanmoins critiqués par une partie – certes minoritaire – de la doctrine. Ces

²⁴⁴ V. Elisabeth ZOLLER, Introduction au droit public, Dalloz, Précis, 2006, pp. 121-170.

²⁴⁵ V. *supra*, § I.A.2.

²⁴⁶ V. B. FRANCK, « Cross the Error of Positive Rights », UCLA L. Rev, 2001, vol. 48, pp. 857 s.

²⁴⁷ V. par exemple Baker v. Carr, 369 U.S., 186, 217 (1962).

auteurs constatent la centralité de l'argument opposant droits sociaux, dits « positifs », et droits civils dits « négatifs ». Ils soulignent que la catégorisation « droits positifs » est utilisée à des fins normatives. Mais ces auteurs contestent également l'idée selon laquelle la garantie des droits sociaux supposerait un renforcement des pouvoirs de la Cour Suprême²⁴⁸. En effet, la protection d'autres droits, pourtant dits « négatifs », s'est opérée par une interprétation extensive des XIII^{ème} et XIV^{ème} Amendements, comprenant respectivement la *Due process clause* et la *Equal protection clause*²⁴⁹. Il semble ainsi abusif de considérer que l'activisme judiciaire serait spécifiquement lié à la consécration des droits sociaux. Il apparaît en réalité que l'utilisation doctrinale de la distinction entre droits « négatifs » et « positifs » sert davantage à masquer un positionnement politique hostile à la reconnaissance des droits sociaux.

Par ailleurs, la conception majoritaire de la démocratie, qui présuppose une représentation exclusive du peuple par le biais de ses représentants élus, est loin de faire l'unanimité dans le paysage doctrinal américain. En effet, à la différence de la France, où le principe de la loi en tant qu'expression de la volonté générale se traduit par un monopole de la représentation par le législateur, les États-Unis n'ont pas connu cette image d'un législateur, représentant exclusif du peuple. Ainsi, la doctrine américaine considère parfois que le peuple est davantage représenté par la Constitution, et plus précisément par l'ensemble des institutions, sans toutefois que l'une d'entre elles ne puisse se prévaloir d'un monopole lié à sa représentation²⁵⁰.

Outre ces objections d'ordre théorique, une série d'arguments, cette fois d'ordre pratique, est généralement mise en avant par la doctrine.

2) Des arguments d'ordre pratique

La doctrine insiste également sur un argument d'ordre pratique, invoquant principalement à la fois la particularité née de la structure fédérale et des considérations liées à l'absence de moyens financiers suffisants pour mettre en œuvre les droits sociaux.

La structure fédérale des États-Unis serait de nature à freiner la reconnaissance des droits sociaux. En application de la « clause de suprématie », les dispositions fédérales encourent en effet le risque d'être remises en cause par le droit fédéral, tant constitutionnel qu'infraconstitutionnel. En effet, les droits fondamentaux figurant dans les Constitutions fédérées ne sauraient remettre en cause la répartition des compétences opérée par la Constitution fédérale. Dès lors, tant les compétences exclusives de l'État fédéral que les compétences partagées sont fortement susceptibles de porter sur les matières visées par les

²⁴⁸ C. R. SUNSTEIN, « Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees ? », précit.

²⁴⁹ Le texte de ces clauses est reproduit dans l'annexe n° 3 (en ligne, v. *supra*).

²⁵⁰ Bruce ACKERMAN, *We the People*, Cambridge, Massachusetts / London, Belknap Press of Harvard Univ. Press, vol. 1, 1991, pp. 217-225.

droits sociaux. Ainsi, les programmes fédéraux en matière d'éducation, de logement, ou encore d'aide sociale renvoient à autant de domaines dans lesquels l'intervention des gouvernements fédérés, et partant celle du pouvoir judiciaire fédéré, se trouve singulièrement entravée. Or la doctrine se contente fréquemment de cet argument pour dénier aux droits sociaux tout caractère justiciable²⁵¹.

Quant à l'approche pragmatique, particulièrement influente aux États-Unis, elle consiste à poser les questions juridiques en fonction de leurs applications concrètes. En matière de droits sociaux, les auteurs relevant de ce courant cherchent avant tout à démontrer l'impossibilité pratique de leur reconnaissance. Franck Cross analyse ainsi le fonctionnement des institutions américaines, et plus particulièrement du procès judiciaire²⁵². Observant justement que les mécanismes institutionnels internes favorisent de fait les plus riches, il en déduit que les droits sociaux seraient en pratique insusceptibles d'être protégés. Même s'ils étaient consacrés par la Constitution, ils ne pourraient être effectifs dans le système tel qu'il fonctionne. Cette logique discursive peut surprendre. Elle consiste en effet, à partir d'une analyse descriptive des faits, à en inférer une conclusion normative défavorable à la reconnaissance des droits sociaux. Si l'analyse des inégalités qu'engendre le système judiciaire demeure tout à fait convaincante, et rend difficilement envisageable une protection sociale plus affirmée, on peut en effet se demander pour quelles raisons il ne serait pas possible de le changer. Sous couvert de pragmatisme est en réalité ici affirmée une position politique opposée à la consécration des droits sociaux.

Au-delà de ce constat, la doctrine favorable à la reconnaissance des droits sociaux doit nécessairement en produire une justification convaincante. Certains auteurs considèrent ainsi qu'il existe une obligation morale de consacrer juridiquement les droits sociaux. Franck Michelman se réfère à la notion de « raison publique » (« *public reason* ») de John Rawls²⁵³, afin de justifier la prise en compte des droits sociaux. Il considère ainsi qu'une Constitution qui ne mentionnerait pas les droits sociaux serait « moralement défectueuse » (« *morally defective* »)²⁵⁴. Cependant, la justification morale des droits sociaux est insuffisante. Elle ne permet en effet pas de répondre aux objections pratiques et théoriques soulevées par les opposants à la justiciabilité des droits sociaux. La doctrine qui leur est, au contraire, favorable, est dès lors contrainte de dépasser le cadre de la justification politico-morale.

²⁵¹ V. par exemple Burt NEUBORNE, « State constitutions and the evolution of positive rights », Foreword, Rutgers L. J., 1989, vol. 20, pp. 881-901 ; Mark TUSHNET, « State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role : Some Comparative Observations », Chi. J. International L., 2002, vol. 3, pp. 435-454.

²⁵² Frank B. CROSS, « The Error of Positive Rights », précit., pp. 860-861.

²⁵³ John RAWLS, A Theory of Justice, Oxford University Press, 1973, trad. C. AUDARD, Théorie de la justice, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 1987.

²⁵⁴ Frank MICHELMAN, « The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification », International J. Const. L., 2003, vol. 1, pp. 13-34.

II. La justiciabilité des droits sociaux : une cause malgré tout défendue

Loin de se contenter d'évoquer les objections à la reconnaissance d'une justiciabilité des droits sociaux, certains auteurs proposent des éléments permettant d'envisager une mise en œuvre des droits sociaux. Parmi eux, certains légitiment ouvertement l'activisme judiciaire, et s'inscrivent en faveur de la justiciabilité des droits sociaux (A). D'autres évoquent, en revanche, la consécration des droits sociaux au niveau formel par le biais des révisions constitutionnelles (B).

A. La justiciabilité des droits sociaux soutenue par l'interprétation judiciaire

Les changements qui pourraient être opérés par le juge concernent tant le niveau fédéral (1) que le niveau fédéré (2).

1) Le rôle du juge fédéral dans la promotion des droits sociaux

Nombreux sont les auteurs qui défendent l'idée selon laquelle certaines dispositions de la Constitution fédérale, notamment les clauses de *due process* et d'égalité de protection garanties par les XIII^{ème} et XIV^{ème} Amendements, ou encore la clause de bien-être général (*General Welfare Clause*)²⁵⁵, devraient être interprétées de manière extensive, afin d'assurer la protection de ces droits²⁵⁶. Cette approche, qui illustre le courant théorique réaliste, présuppose que la Constitution ne doit pas être rattachée au texte *stricto sensu*, mais, plus largement, à l'interprétation qu'en donne le juge. La théorie influente de la « constitution vivante » (« *living constitution* »)²⁵⁷ est très souvent présente chez ces auteurs²⁵⁸, que ce soit de manière explicite ou implicite. Elle peut s'entendre comme un discours à la fois descriptif, portant sur ce qui *est*, que prescriptif, portant sur ce qui *doit être*. Ainsi, le juge *doit* interpréter la Constitution à la lumière des principes moraux qui seraient susceptibles d'une connaissance objective. On retrouve également cette conception chez les auteurs favorables à

²⁵⁵ Le texte de ces dispositions figure à l'annexe 3 (en ligne, v. *supra*).

²⁵⁶ V. Susan BANDES, « The Negative Constitution : A Critique », Mich. L. Rev., 1990, vol. 88, pp. 2271-2347 ; Sotirios A. BARBER, *Welfare and the Constitution*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2003 ; David CURRIE, « Positive and Negative Constitutional Rights », U. Chi. L. Rev., 1986, vol. 53, pp. 864-890 ; Peter B. EDELMAN, « The Next Century of Our Constitution : Rethinking Our Duty to the Poor », Hastings L. J., 1987, vol. 37, pp. 1-61. V. annexe n° 3 (en ligne, v. *supra*).

²⁵⁷ Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press, 1986, trad. E. SOUBRENIE, *L'empire du droit*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994 ; id., *Taking right seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Univ. Press, 1978, trad. M. J. ROSSIGNOL, F. LIMARE, présentée par F. MICHAUT, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Recherches politiques, 1995.

²⁵⁸ Mark TUSHNET, « Judicial Activism and the Welfare State : A Debate » (with Kenneth M. Holland), in : Jackson J. BARLOW et al. (éd.), *The New Federalist Papers*, 1988, pp. 384 s. ; Cass R. SUNSTEIN, « Why does the American Constitution lack Social and Economic Guarantees ? », in : Michael IGNATIEFF (Ed.), *American exceptionalism and human rights*, précit., pp. 90-110 ; A. E. Dick HOWARD, art. précit., pp. 173-191.

la justiciabilité des droits sociaux par la voie de l'interprétation judiciaire. Dick Howard considère ainsi que le XIV^{ème} Amendement pourrait tout à fait permettre la reconnaissance d'un statut constitutionnel aux droits sociaux²⁵⁹. Il reviendrait alors aux juges de la Cour suprême d'assurer la justiciabilité de ces derniers, par le biais d'un travail d'interprétation extensif.

Cette partie de la doctrine présuppose ainsi une autre conception de la démocratie²⁶⁰, envisagée comme moyen de garantir les droits fondamentaux. Dès lors, l'interprétation progressiste développée par les juges de la Cour suprême est tout à fait compatible avec le principe démocratique, dans la mesure où l'action du juge permet précisément de garantir les droits *essentiels* que sont les droits sociaux. Il s'agit là d'un appel clair à l'activisme judiciaire, qui s'affranchit alors des objections liées au risque d'un pouvoir judiciaire excessif, étant donné que les juges *doivent* faire évoluer la Constitution au regard de la moralité et de la justice. Or, dans cette entreprise, le juge fédéral peut être influencé par le juge fédéré. L'existence d'une structure fédérale, souvent présentée comme un obstacle à la protection des droits fondamentaux, est alors, au contraire, susceptible de venir au secours des droits sociaux.

2) Le rôle du juge fédéré dans la concrétisation des droits sociaux

Aux États-Unis, l'existence d'une structure fédérale entraîne une conséquence majeure : la Constitution fédérale ne représente qu'un *standard minimum*, que les entités fédérées sont appelées à dépasser²⁶¹. La Cour suprême a en effet reconnu que les Cours suprêmes fédérées pouvaient soit garantir d'autres droits fondamentaux, soit reconnaître les mêmes droits que ceux qui sont garantis par la Constitution fédérale, mais de manière plus large²⁶². Par ailleurs, compétente en appel pour revoir les décisions rendues par les Cours suprêmes fédérées, la Cour de Washington agit là avec une certaine prudence : selon la décision *Michigan v. Long* de 1983, si une Cour suprême fédérée fonde sa décision sur un motif de droit fédéré « adéquat et indépendant », la Cour suprême ne peut pas revoir sa décision²⁶³. Elle n'est en effet que la gardienne de la Constitution fédérale. Les juridictions fédérées sont donc en droit d'interpréter leur Constitution de manière autonome, sous réserve bien-sûr que cette interprétation ne vienne pas perturber l'équilibre de droits fondamentaux instauré par le droit fédéral.

Or, tant certains auteurs que certains juges œuvrant au sein des États américains invitent à tirer profit de la structure fédérale pour mettre en œuvre de telles garanties. Ils retiennent pour cela principalement deux arguments.

²⁵⁹ A. E. Dick Howard, *Ibid.*

²⁶⁰ V. *supra*, § B.1.a.

²⁶¹ En ce sens, v. William SWINDLER, « Minimum Standard of Constitutional Justice : Federal Floor and State Ceiling », *Missouri L. Rev.*, 1984, vol. 49, pp. 1 s.

²⁶² V. *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

²⁶³ 463 U.S. 1032 (1983).

Les auteurs qui s'intéressent aux mécanismes de mise en œuvre des droits sociaux inscrits dans les Constitutions fédérées insistent en premier lieu sur la position privilégiée des juges fédérés²⁶⁴. Ces derniers, qui sont la plupart du temps élus²⁶⁵, restent souvent en fonction sans durée dans le temps, à moins d'être destitués (*recalled*) par un vote, populaire ou législatif. Or, le principe de l'élection modifie sans aucun doute la donne. On peut en effet supposer que les juges élus prennent davantage en compte la défense des intérêts sociaux de l'individu. Plus généralement, les juges qui disposent d'une protection plus importante vis-à-vis du pouvoir politique témoignent d'une plus grande volonté de développer une analyse fondée sur le droit constitutionnel fédéré²⁶⁶, et plus précisément des dispositions « positives », qui les caractérisent.

En second lieu, d'un point de vue structurel, les juridictions fédérées, contrairement à leurs homologues fédérales, ont une responsabilité beaucoup plus limitée d'un point de vue géographique. Il ne leur revient pas d'établir des règles qui soient praticables et acceptables sur tout le territoire national ; en d'autres termes, ils n'ont pas à imposer un *standard* en matière de droits fondamentaux. Dès lors, les juridictions fédérées seraient en mesure de prendre davantage de risques, et donc d'étendre le niveau de protection accordé au niveau fédéral, notamment dans le domaine économique et social²⁶⁷.

Ceci explique que la frilosité à l'égard des droits sociaux généralement constatée au sein du prétoire de Washington disparaisse parfois au niveau fédéré. L'exemple new yorkais est sur ce point particulièrement instructif. D'emblée, l'article XVII § 1²⁶⁸ de la Constitution new yorkaise fait figure de modèle²⁶⁹. Il dispose que « l'aide, le soin et le soutien des personnes dans le besoin constituent des intérêts publics et doivent être assurés par l'État et par les autorités publiques, de telle manière et par des moyens susceptibles d'être déterminés de manière variable par le pouvoir législatif »²⁷⁰.

²⁶⁴ V. notamment Helen HERSHKOFF, « The New Jersey Constitution: positive rights, common law entitlements, and state action », *Alb. L. Rev.*, 2006, vol. 69, pp. 553 s.

²⁶⁵ Aujourd'hui, trente-huit États élisent leurs juges.

²⁶⁶ V. Susan FINO, « Judicial Federalism and Equality Guarantees in State Supreme Courts », *Publius*, 1987, vol. 17, pp. 51-67.

²⁶⁷ Lawrence G. SAGER, « State courts and the strategic space between the norms and rules of constitutional law », *Foreword, Tex. L. Rev.*, 1985, vol. 63, pp. 959-976 ; id., « Fair Measure : The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms », *Harv. L. Rev.*, 1978, vol. 91, pp. 1212 s.

²⁶⁸ A ce propos, v. Alan JENKINS, Sabrineh ARDALAN, « Positive Health : The Human Right to Health Care Under The New York State Constitution », *Fordham Urban L. J.*, pp. 479-559.

²⁶⁹ A propos de l'État de New York, v. Christine LADD, « A Right to Shelter for the Homeless in New York State », *N. Y. Univ. L. Rev.*, 1986, vol. 61, pp. 272-299 ; Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », art. précit., pp. 1410 s.

²⁷⁰ Cette garantie a été adoptée afin de répondre à la crise économique et sociale générée par la Grande Dépression (à ce propos, voir Cass R. SUNSTEIN, « Constitutionalism After the New Deal », *Harv. L. Rev.*, 1987-1988, vol. 101, p. 421). Elle a succédé à l'article XVII de la Constitution de 1938, très souvent qualifié de « Social Welfare Article ». A cette époque, le devoir d'assister les personnes pauvres était considéré comme « aussi fondamental que toute autre responsabilité du gouvernement » (*Report of the Comm. On Printing, New York State Constitutional Convention, Revised Record*, 1938, p. 2126 ; statement of Jerome D. BARNUM, Chairman).

La portée de cette disposition apparaît certes à première vue limitée. Traditionnellement, la Cour d'appel new yorkaise²⁷¹ opte en effet à son sujet pour deux solutions. Soit elle considère que les questions relatives au caractère approprié des politiques d'aide sociale relèvent de la compétence du pouvoir législatif, et donc sont en dehors des prérogatives du pouvoir judiciaire. Soit, tout en se référant aux origines de l'article XVII²⁷², la Cour d'appel de New York opte pour une approche « déférentielle » vis-à-vis du droit fédéral : elle l'analyse alors la plupart du temps « par le biais du prisme du droit fédéral »²⁷³, lequel assimile la compétence du législateur (« *legislative discretion* ») à un pouvoir insusceptible de révision.

Fréquente, une telle lecture de l'article XVII n'est toutefois pas systématique. Dès 1977, la Cour d'appel new yorkaise, considérée par le Juge Brennan en 1986 comme étant « à la pointe de la défense des droits civils et des libertés par le biais de son droit constitutionnel étatique »²⁷⁴, a trouvé dans l'histoire de cette disposition « une intention claire visant à ce que l'aide apportée par l'État aux démunis était considérées comme appartenant fondamentalement au contrat social »²⁷⁵. Elle a alors considéré que cette disposition imposait à l'État « un mandat constitutionnel » l'enjoignant d'aider les plus démunis. L'article XVII possède une structure « dualiste » que la Constitution fédérale ignore mais qui s'avère symptomatique des Constitutions fédérées. Ces dernières reconnaissent certes une certaine marge de manœuvre au législateur, mais ne manquent pas d'insister sur la responsabilité qui lui incombe en matière sociale²⁷⁶. Or, selon Helen Hershkoff, si le législateur fédéré demeure libre des moyens à employer, il ne peut pas prétendre avoir rempli son « devoir constitutionnel » dès lors que le but lui-même n'a pas été atteint²⁷⁷. Une obligation minimale de résultat pèse donc bien sur le pouvoir législatif.

Dans ce contexte, la Cour d'appel new yorkaise a été amenée à se prononcer sur la violation, d'une part, du droit des plus démunis à un soutien de la part de l'État, issu de l'article XVII § 1 et, d'autre part, des clauses – fédérale et fédérée²⁷⁸ – d'égle protection. Dans une décision *Aliessa v. Novello*, rendue le 5 juin 2001²⁷⁹, elle s'est penchée sur l'article XVII de la Constitution de New York²⁸⁰. Elle a alors reconnu que cette disposition laissait une certaine marge de

²⁷¹ Dans l'État de New York, la Cour d'Appel fait en réalité office de Cour suprême.

²⁷² A propos de l'histoire de l'article XVII C. de New York et de son usage par les juridictions new yorkaises, v. Christine R. LADD, « A Right to Shelter for the Homeless in New York State », art. précit., pp. 285-299.

²⁷³ Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », art. précit., p. 1415.

²⁷⁴ William J. BRENNAN, Jr., « A Tribute to Chief Judge Charles S. Desmond », Buffalo L. Rev., 1987, vol. 36, p. 3.

²⁷⁵ Tucker v. Toia, 371 N. E. 2d 449, 451-453 (New York, 1977). V. également Bernstein v. Toia, 373 N.E.2d 238 (New York, 1977).

²⁷⁶ V. Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », art. précit., p. 1412.

²⁷⁷ V. également Mohamed Aliessa et a. v. Antonia Novello, 754 N. E. 2d 1085 (New York, 2001).

²⁷⁸ En droit américain, tant les dispositions du Bill of rights fédéral que les garanties inscrites dans les Constitutions fédérées sont invocables devant les juridictions fédérées.

²⁷⁹ Mohamed Aliessa et a. v. Antonia Novello, 754 N. E. 2d 1085 (New York, 2001).

²⁸⁰ Tucker v. Toia, 43 N. Y. 2d 1, 7 (New York, 1977), déc. précit.

manœuvre au législateur dans la répartition des fonds publics²⁸¹. Mais elle a également affirmé que ce dernier était tenu de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin que les habitants de l'État puissent recevoir les soins dont ils ont besoin²⁸².

Ce positionnement audacieux du juge varie toutefois considérablement selon la disposition en cause. Ainsi, contrairement à l'article XVII § 1, l'article XVII § 3 de la Constitution new yorkaise, qui garantit un droit à la santé²⁸³, a été rarement appliqué et, lorsque ce fut le cas, de manière très restrictive. La Cour d'appel de l'État de New York considère certes que cette disposition exige que l'État fournisse un soutien actif aux personnes dans le besoin²⁸⁴. Elle a cependant explicitement indiqué, en 1990, que « les choix des politiques publiques, qui supposent de dresser les priorités et de fournir des fonds, relèvent des branches exécutive et législative du gouvernement. L'endroit pour questionner leur sagesse ne se situe pas devant les juges mais *autre part* »²⁸⁵. Or, cette tentative de repli des juridictions fédérées vers ce qui constituerait un « modèle » fédéral est souvent constatée et déplorée.

B. La justiciabilité des droits sociaux appréhendée sous l'angle des textes constitutionnels

Même si une partie de la doctrine adopte une approche réaliste du droit, essentiellement tournée vers l'interprétation des juges, elle demeure parallèlement très souvent soucieuse d'une formalisation explicite des droits sociaux dans le texte constitutionnel, qu'il soit fédéral (1) ou fédéré (2).

1) Les divers modes de formalisation textuelle des droits sociaux au niveau fédéral

Le discours favorable à la formalisation constitutionnelle des droits sociaux est nécessairement sensible à la critique du caractère antidémocratique dont est généralement assorti l'activisme judiciaire²⁸⁶. Toutefois, dépassant cet

²⁸¹ V. *Barie v. Lavine*, 357 N. E. 2d 349, 352 (New York, 1976).

²⁸² V. *Mc Cain v. Koch*, 511 N. E. 2d 62 (New York, 1987) ; *Aliessa v. Novello*, 754 N. E. 2d 1085, 1092, 1098-1099 (New York, 2001) ; *Jiggets v. Grinker*, 553 N. E. 2d 570, 572-575 (New York, 1990). Cela apparaît surtout très explicitement dans la décision *Tucker v. Toia*, 371 N. E. 2d 451-453. V. également *Wilkins v. Perales*, 487 N. Y. S. 2d 961, 964 (New York, 1985).

²⁸³ « La protection et la promotion de la santé des habitants de l'État sont des questions d'intérêt public et l'État doit ainsi les prendre en charge, ainsi que les autorités publiques, et de telle manière et par des moyens susceptibles d'être déterminés de manière variable par le pouvoir législatif ». A ce propos, v. Alan JENKINS, Sabrineh ARDALAN, art. précit., pp. 479-559.

²⁸⁴ V. *Tucker v. Toia*, 43 N.Y.2d 1, 7 (New York, 1977), déc. précit. ; *Aliessa v. Novello*, 96 N.Y.2d 418, 428 (New York, 2001).

²⁸⁵ *Jiggets v. Grinker*, précit. V. également *Hope v. Perales*, 634 N. E. 2d 183, 188 (New York, 1994). En l'espèce, les requérants soutenaient que l'exclusion des avortements du champ d'application du New York Prenatal Care Assistance Program (« PCAP ») constituait une violation des articles 17 § 1 et 3 de la Constitution de l'État.

²⁸⁶ V. not. Philip C. AKA, « Analyzing U.S. Commitment to Socioeconomic Human Rights », *Akron L. Rev.*, 2006, vol. 39, pp. 471 s. ; David BILCHITZ, *Poverty and fundamental rights : the*

obstacle, une partie de la doctrine distingue trois modes de formalisation des droits sociaux. Ces derniers peuvent être concrétisés par le biais de droits déclaratoires alors non justiciables (a), de droits normatifs mais « faiblement justiciables » (b) ou, enfin, de droits normatifs « fortement justiciables » (c).

a. La formalisation de droits déclaratoires

Certains auteurs considèrent, tout d'abord, que les « droits sociaux de citoyenneté » (« *social citizenship rights* ») devraient être formulés sous forme de principes directeurs. D'autres suggèrent d'inscrire dans la Constitution des droits non justiciables, c'est-à-dire simplement déclaratoires. Ils ont alors pour fonction d'orienter l'interprétation des lois en cas de conflit de normes, et conduisent simplement à formaliser une obligation morale générale, sans conséquences juridiques concrètes. Cette forme de reconnaissance, tout en évitant le problème de l'activisme judiciaire, jouerait un rôle non négligeable de contrainte à l'égard du Congrès. Celui-ci serait en effet nécessairement conduit à prendre en compte ces *principes* constitutionnels.

b. La formalisation de droits normatifs à justiciabilité faible

La doctrine choisit parfois de défendre l'aspect normatif des droits sociaux au niveau constitutionnel, tout en limitant leur justiciabilité à une protection négative. En ce qui concerne le pouvoir des juges, Mark Tushnet montre que ceux-ci peuvent définir les droits sociaux, tout comme les droits-libertés, sous un angle négatif, c'est-à-dire par le biais d'une limitation des restrictions susceptibles de leur être accordées²⁸⁷. Partant, il serait envisageable d'attendre des juges une certaine prudence dans le cadre de l'interprétation constitutionnelle. La Cour suprême n'y est pas hostile, sa jurisprudence ayant estimé que la Constitution exigeait la satisfaction d'un « standard minimum de rationalité »²⁸⁸. En ce sens, Frank I. Michelman considère que la normativité des droits sociaux n'implique pas nécessairement une obligation pour le juge de les rendre effectifs. Selon lui, un droit est normatif dès lors que le juge dispose de la faculté de le protéger de manière négative²⁸⁹. Ainsi, la formalisation de droits sociaux substantiellement faibles préserverait une large marge de manœuvre en faveur du Congrès. Les juges seraient notamment contraints de se référer aux lois du Congrès les précisant.

justification and enforcement of socio-economic rights, Oxford / New York, Oxford Univ. Press, 2007.

²⁸⁷ V. notamment Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », art. précit., pp. 1895-1920.

²⁸⁸ V. notamment l'affaire *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 (U.S.) 1 (1973) à propos de la politique d'éducation du Texas. Dans l'arrêt *U.S. Dep't of Agric. v. Moreno*, 413 U.S. 528, 538 (1973), la Cour Suprême évoque l'absence de « motifs rationnels » justifiant une politique excluant une catégorie de personne au bénéfice d'une aide sociale.

²⁸⁹ V. notamment Frank I. MICHELMAN, « Welfare Rights in a Constitutional Democracy », *Wash. Univ. L. Q.*, 1979, vol. 3, pp. 659-694.

c. La justification de droits normatifs et justiciables

Enfin, certains auteurs défendent l'idée d'une protection véritablement effective des droits sociaux. Sous cet angle, l'importance fondamentale que revêtent certains de ces droits ne tolérerait pas que leur justiciabilité puisse dépendre des contingences politiques au Congrès. Dès lors, selon Mark Tushnet, les droits substantiellement forts seraient directement applicables par le juge, sans référence aux lois du Congrès²⁹⁰. William Forbath défend ainsi une valeur normative différente pour les « *welfare rights* » et les « *social citizenship rights* ». Contrairement aux seconds, les premiers devraient être gravés dans la norme constitutionnelle, sous la forme de normes, tandis que les seconds pourraient y figurer sous la forme de simples principes directeurs²⁹¹.

De tels vecteurs de formalisation, bien que flous, permettent de conférer un certain intérêt aux débats entourant la portée des droits sociaux, et ce malgré le caractère problématique qui s'attache à leur justiciabilité. Néanmoins, la procédure de révision de la Constitution fédérale étant particulièrement rigide, c'est au niveau fédéré que cette question se pose avec une acuité toute particulière.

2) Les divers modes de formalisation textuelle des droits sociaux au niveau fédéré

Les Constitutions fédérées sont beaucoup plus souples que la Constitution fédérale. Elles sont dès lors considérées par la doctrine comme étant plus « proches » des préoccupations quotidiennes des américains, notamment en matière sociale.

Malgré l'absence de droits sociaux dans la Constitution fédérale, et en dépit du caractère peu enclin de la doctrine à défendre leur justiciabilité, une partie de la doctrine s'intéresse à ce thème jusqu'alors très peu débattu outre-atlantique²⁹² et soutient parfois que le niveau fédéré est le plus adéquat pour permettre la consécration de telles garanties positives²⁹³. L'inscription de droits sociaux dans les Constitutions fédérées s'explique certes par des facteurs conjoncturels, liés à l'époque à laquelle elles ont été adoptées ou révisées. Elle

²⁹⁰ V. Mark TUSHNET, « Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », précit., pp. 1895-1920.

²⁹¹ V. William FORBATH, « Not Simple Justice : Franck Michelman on Social Rights », art. précit.

²⁹² V. David BRAVEMAN, « Children, Poverty, and State Constitutions », Emory L. J., 1989, vol. 38, p. 577 ; Adam S. COHEN, « More Myths of Parity : State Court Forums and Constitutional Actions for the Right to Shelter », Emory L. J., 1989, vol. 38, p. 615 ; Michael A. DOWELL, « State and Local Governmental Legal Responsibility to Provide Medical Care for the Poor », J. L. & Health, 1988-1989, vol. 3, pp. 1 s.

²⁹³ V. Helen HERSHKOFF, « Positive Rights and State Constitutions : the Limits of Federal Rationality Review », Harv. L. Rev., 1999, vol. 112, pp. 1131-1196 ; id., « Rights and Freedoms under the State Constitution : A New Deal for Welfare Rights », Touro L. Rev., 1997, vol. 13, pp. 631-652 ; id., « The New Jersey Constitution... », précit., pp. 553-560 ; id., « Welfare Devolution and State Constitutions », Essay, Fordham L. Rev., 1999, vol. 67, pp. 1403-1433 ; « Positive Rights And The Evolution Of State Constitutions », Foreword, Rutgers L. J., 2002, vol. 33, pp. 799-834.

doit surtout être replacée dans un environnement théorique bien particulier. Les Constitutions fédérées américaines ne remplissent en effet pas la même fonction que la Constitution fédérale : elles n'ont pas vocation à allouer des pouvoirs, mais à les limiter. Dès lors, dans la théorie constitutionnelle, le gouvernement fédéré est un gouvernement de pleins pouvoirs : il n'est limité que par la Constitution de l'entité à laquelle il se rattache et par la Constitution fédérale. Autrement dit, une énumération expresse des pouvoirs législatifs n'est pas exclusive d'autres pouvoirs non mentionnés. En d'autres termes, comme le souligne Helen Hershkoff, « une Constitution fédérée comprend non seulement un ensemble de restrictions négatives imposées au gouvernement, mais également *un panel d'engagements matériels que le gouvernement doit à ses citoyens* »²⁹⁴.

Partant, comme le souligne Jonathan Feldman, la séparation des pouvoirs ne peut être conçue de la même manière au niveau fédéral et fédéré. La présence de droits-créances dans les Constitutions fédérées, ainsi que la plus grande légitimité du contrôle de constitutionnalité, imposent en effet que le juge recherche, non pas si « le législateur est allé trop loin », mais « s'il est allé assez loin »²⁹⁵.

L'absence flagrante de droits sociaux dans le texte constitutionnel fédéral incite justement à se tourner vers l'échelon fédéré : Helen Hershkoff affirme ainsi par exemple que l'absence au niveau fédéral d'une disposition garantissant un minimum vital (*subsistence minimum*) rend selon elle nécessaire l'inscription constitutionnelle, et la mise en œuvre de droits sociaux au niveau fédéré. Plus largement, cette auteure considère que les droits sociaux devraient « être compris comme contraignant la compétence du législateur », lequel serait ainsi contraint d'éliminer les solutions qui « se soustraient, amoindrissent ou échouent » dans la mise en œuvre de ladite disposition constitutionnelle »²⁹⁶. Cela est d'autant plus vrai dans les domaines dans lesquels les entités fédérées disposent d'une – relative – marge de manœuvre, comme dans le domaine de l'aide sociale²⁹⁷. Dès lors, la non application par le législateur des droits sociaux inscrits dans les Constitutions fédérées peut être considérée comme équivalant à une violation de ces dernières.

Il reste alors la voie d'un changement au niveau législatif, ou constitutionnel, toutefois intimement soumis, aux États-Unis, au processus

²⁹⁴ Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », *id.*, p. 1409, nous soulignons.

²⁹⁵ Jonathan FELDMAN, « Separation of Powers and Judicial Review of Positive rights Claims : The Role of State Courts in an Era of Positive Government », *Rutgers L. J.*, 1993, vol. 24, pp. 1057-1100, spec. p. 1160. Selon Jonathan FELDMAN, qui propose une conception « positive » de la séparation des pouvoirs, c'est l'inertie gouvernementale, plutôt que la tyrannie, qui représente la plus grande menace à la mise en œuvre des droits sociaux (*id.*, pp. 1060 s.).

²⁹⁶ Helen HERSHKOFF, « Welfare Devolution and State Constitutions », art. précit., p. 1414.

²⁹⁷ Dans ce domaine, le gouvernement fédéral a, dans une large mesure, transféré le contrôle des aides sociales aux États par le biais du Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act, adopté en 1996 (Pub. L. 104-193, 110 Stat. 2105 (1996)).

démocratique et politique. Les Constitutions fédérées étant beaucoup plus souples que la Constitution fédérale, c'est d'ailleurs parfois la voie constituante qui prononce le dernier mot. Ainsi, dans l'État du Montana, l'article XII section 3 alinéa 3 prévoit que le législateur doit pourvoir aux besoins économiques et sociaux ainsi qu'au financement des services nécessaires à tous ceux qui pourraient avoir besoin d'une aide de la société, que ce soit pour des motifs liés à leur âge, à leur infirmité ou à leur « malchance ». La Cour suprême de cet État a, de manière audacieuse, annulé, à deux reprises, une loi souhaitant exclure de ces bénéfices les personnes de moins de trente cinq ans et n'ayant pas d'enfant à charge²⁹⁸. La Constitution a cependant été révisée, en 1988, et le terme « doit » (« *shall* ») a été remplacé par « peut » (« *may* »), de telle sorte que le juge ne peut plus imposer au législateur la réalisation d'un « mandat impératif » ; de plus, cette disposition concerne désormais uniquement ceux « que le législateur considère comme étant démunis ».

Au terme de cette étude, il apparaît que la justiciabilité des droits sociaux fait l'objet de débats doctrinaux spécifiques au modèle américain. Sur fond d'argumentations juridiques, ce sont souvent des conceptions théoriques de l'État et de la démocratie qui s'opposent. Malgré les réticences initiales, le souhait affirmé de promouvoir la défense des droits sociaux appelle au changement. Celui-ci est susceptible d'emprunter deux voies, l'une formelle par le biais de la révision du texte constitutionnel inscrivant de nouveaux droits, l'autre judiciaire par la promotion du rôle du juge dans le cadre d'une démocratie des droits. Dans ce contexte, la récente nomination de la juge progressiste Sonia Sotomayor à la Cour suprême pourrait représenter une première étape vers un dépassement des obstacles à la très relative justiciabilité de ces droits. Par ailleurs, la présidence de Barack Obama pourrait apporter son lot de changements. Malgré le chaos politique que l'adoption de la réforme de la santé devait entraîner, l'existence d'un projet politique d'envergure contient les germes d'une réflexion susceptible de faire évoluer le discours de la doctrine.

Pour citer cet article

Manon Altwegg-Boussac, Marina Eudes, Céline Fercot, « La justiciabilité des droits sociaux aux États-Unis », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/la-justiciabilitc3a9-des-droits-sociaux-aux-etats-unis.pdf>

²⁹⁸ V. *Butte Community Union v. Lewis*, 712 P.2d 1309 (Montana, 1986) ; *Butte Community Union v. Lewis*, 745 P.2d 1128 (Montana, 1987).